Rexcept. rei iudicat.

10

86

IESVS MARIA.

POR

DON ANTONIO DE MENESES y Padilla, Curador de la persona y bienes de don Fernando de Meneses Pacheco y Silua, Cauallero de la Orden de Santiago, Señor de las villas de Aluaralejo de Fuentes, y las demas de su Estado.

CON

Pedro Polo, Regidor de la villa de Talauera, y Tesorero de las Alcaualas y rentas Reales della.

SOBRE

Que se repela la suplicacion interpuesta por Pedro Polo, del Auto del Consejo de 21. de Iulio deste año, En que mandò que las partes siguiessen su justicia como les conuiniesse.

SI el Iurisconsulto Alpheno en la l. si ex plagis. 53. §. in Cliuo Capitolino, ad leg. Aquil. y el parecer comun de los interpretes, q̃ refiere y sigue Barbosa in l. Titia. 35. nu. 25. soluto matrim. dieron justamente al hecho, nombre de padre legal del derecho en todos los pleytos: En este se le podemos dar de padre y madre, por los ocultos senos que su entricada relacion y contextura encierran.

Està cargado sobre la Casa y mayorazgo del señor don Luis de Padilla y Meneses, que fue del supremo Consejo de justicia, y Camara de Castilla, padre del dicho don Fer-

nando

nando, vn censo en fauor del Conuento de santa Marina de Zafra de quatrocientos y siete ducados y medio de renta en cada año: y por los del que cumpliò a veintiquatro de Agosto de 1621. se acudio a cobrar de los juros que don Fernando tiene en Talauera: y se requirio al Tesorero por parte del Conuento, que le pagasse de sus reditos: el qual a 4. de Febrero de 1622. fol.125. de la P. 2. respondio: *Que no deue ninguna cosa de los juros que se piden, ni consta tenerlos*. Y a causa desto hizo instancia Iuan de Paz cobrador del Conuento, en que el Tesorero declarasse con juramento, si tenia don Fernando los juros, y se los auia pagado en otras ocasiones. Y despues de tres notifieaciones delarò a 11. del dicho mes, fol. 128. B. pieç. 2. que negaua tenerlos, y que si antes los auia pagado, seria porq̃ los tenia, *y al presente no*. Por lo qual fue necessario sacar certificacion de relaciones. fol. 134. p. 2. de que los antecessores de don Fernã do los tenian. Y se le notificò al Tesorero a 30. de Setiẽbre de 1622. fol. 139. p. 2. Y respondio por peticion. fol. 140. que no cõstaua que le perteneciessen, ni auia entregado recaudos bastantes. Y para conuencerle se compulsaron, con citacion suya, tres cartas de pago de tres años que auia pagado el Curador del dicho don Fernando, refiriendo en cada vna los dichos juros que le pertenecian. fol. 144. hasta 180. p. 2. de que se le dio traslado. Y tãbien pretendio dar salida fundada en embargos, que supuso estar hechos sobre los dichos juros, presentãdo algunos papeles, desde fo. 184 à que satisfizo el cobrador. fol. 215. 272. y 335. y en otras muchas peticiones, que eran afectados y posteriores, y para diferentes años, y que cabian todos, y su paga, en la cantidad de la renta. Y que desde Otubre de 621. que auia requerido al Canonigo Pedro de Vergara, q̃ tenia poder del Tesorero. fol. 239. B. p. 2. no auia podido pagar a otros acreedores. Y auiendose hecho de vna parte a otra diuersas replicas, y presẽtadõ papeles: proueyò auto el Alcalde mayor de Talauera a 21. de Nouiembre de 1622. fol. 271. pie. 2. Por el qual mandò, que el cobrador alçasse los dichos

em-

embargos, ò siguiesse su justicia con los que los auian hecho. De que apelò, y en el Consejo pidio la ordinaria para que se cumpliesse la requisitoria que el Alcalde de Corte auia despachado, en razon de que se pagasse al Cōuento de los reditos de los dichos juros lo que el menor le deuia. Y se proueyò auto, y despachò prouision Real citatoria, para que el Tesorero y los demas pretensos acreedores que auian embargado, mostrassen sus derechos, y alegassen de su justicia ante el dicho Alcalde. fol. 277. p. 2. Y aunque se les notificò, no parecieron los que embargaron, sino solamente el Tesorero. fol. 280. p. 2. alegando que no auia de ser desaforado; y que quando lo fuesse; se auia de confirmar el dicho auto del Alcalde mayor. Porque por Otubre de 621. que requiriò el Conuento, tenia ya pagado el tercio de fin de Diziembre de aquel año, y que el Canonigo a quien requirio, no tenia poder suyo, sino para cobrar: y q̃ los embargos del año de 622. que auia presentado antes, y entōces, añadia importauan vn quento 229U261. marauedis, y la renta solas 429U661. marauedis. A lo qual se satisfizo por parte del Conuento lo que queda dicho.

Y visto todo por el Alcalde de Corte a 6. de Hebrero de 1623. fol. 338. p. 2. proueyò auto, en que mandò dar requisitoria, para que el dicho Tesorero pagasse a la parte del dicho Conuento la dicha cantidad que el dicho don Fernando le deuia, cō todas las costas y salarios causados hasta entonces, y que despues se causassen hasta la real paga, sin embargo delos embargos hechos por los dichos assertos acreedores. De que interpuso apelacion. fol. 339. y alegò agrauios nacidos de la reprobacion de las dichas excepciones: y principalmente, que auiendose opuesto como tercero, no le ouiessen oydo en via ordinaria. y fol. 340. se respondio a ellas. Y fol. 344. p. 2. se confirmò a la letra en el Consejo el auto del Alcalde de Corte. *Con que las costas y salarios que ouiere de pagar el dicho Tesorero al a parte del Monasterio, sean las que el Alcalde que conoce deste negocio tassare, y no otras.* El qual se notificò a Pedro Polo a 14. de Março de 623.

623. Y por parte del Cōuento ſe pidio que ſe hizieſſe la taſ ſaciō, y fue remitida la de las coſtas proceſſales al Taſſador general que la hizo. fol. 346. y la de los ſalarios a Antonio de la Vega eſcriuano Real. El qual la hizo a 17. del dicho mes de Março. fol. 350. que fue tres dias deſpues de auerſe le notificado al Teſorero el auto de reuiſta del Conſejo, en que ſe remitia al Alcalde que la hizieſſe, y pudiera auer acu dido en eſte tiēpo al oficio del eſcriuano de Prouincia a ver las diligencias que ſe hazian, ſi ya no pretēde eſcuſar ſu deſ cuydo con la falta de memoria que ha padecido en todo el diſcurſo deſte negocio: oluidandoſe aun de que tenia don Fernando juros que le auia pagado el año precediente, y o-tros muchos anteriores. Pero el cobrador que ſe ocupaua en eſte pleyto como en ſolo no ſe oluidaua de hazer inſtā-cia para que ſe le deſpachaſſe la requiſitoria contra el Teſo rero por el principal, coſtas, y ſalarios. Y aſsi ſe mādò hazer a 3. de Abril de 623. fol. 352. B. y en la ſiguiente ſe declarò deſde quando auia de pagar los ſalarios. Y en eſta confor-midad ſe librò la requiſitoria, de que ſe pidio cumplimien to ante la juſticia ordinaria de Talauera, y lo contradixo, y apelò el Teſorero a 6. de Mayo de 623. fol. 3. p. 3. Y ſin em bargo ſe mandò cumplir, remitiendo al Cōſejo, ſi auia de hazer la paga por ſu perſona, ò como Teſorero. fol. 4. p. 3. Y deſte auto ſe preſētò en grado de apelaciō enel Real Cō ſejo de Haziēda. fol. 1. p. 3. Y no cōtento con eſto, dio querella del eſcriuano de Prouincia, y Procurador del Conuēto, imputādoles que auian ſacado de ſus terminos ordinarios el deſpacho de la taſſacion de coſtas y ſalarios, y que aſsi auian de ſer condenados en grandes ſumas de ducados. Pe ro los acuſados como no lo eſtauan del teſtimonio de ſus conciencias, le retorcieron, y conuirtieron contra el la que-rella, y le tuuierō preſſo muchos dias, y oy lo eſtà en fiado.

De que dandoſe por ofendido en la perſona y bienes, ſo licitò varios modos de ſatisfacerſe, echādo vnas vezes ma no de la apelacion de taſſacion de coſtas y ſalarios, y otras de la querella: y inſiſtiendo finalmente en la opoſicion ala

execu-

execucion fecha por el curador de don Fernando por otros tercios de los dichos juros: en que pretendio se le auian de descontar de los reditos dellos las 173ɟ070. marauedis de las costas y salarios del dicho cobrador: y por no auerse baxado mas del salario de nouenta y seis dias a razon de 600. marauedis cada vno, como parece. fol. 13. pie. 3. apelò, y se presentò en el Real Consejo de Haziẽda: y alegò agrauios, fol. 41. expressando por mayor, que los recaudos no eran exequibles al principio, aunque despues se legitimassen, y que el curador tenia cedida mayor suma que cabia en todo el año de 622. y primero tercio de 623. porque executaua. Y por menor se agrauio de que no le ouiesse el juez hecho buena toda la partida entera de costas y salarios que auia pagado al cobrador: y para esto se valiò, de que nunca auia sido executado por ello, y de los embargos, y del defecto de citacion para la tassaciõ referida. Y la parte del Curador declinò jurisdicion, y pidio remission a la Audiencia de Valladolid, por ser pleyto entre particulares, y no cõ la Real Hazienda, y sobre esto passò largo conocimiento, y salio auto de retencion en el Real Consejo de Hazienda a 22. de Febrero de 625. fol. 45. B. p. 3. y fol. 46. respondio el Curador a los agrauios del Tesorero, y fol. 47. se pronunciò sentencia de vista, confirmatoria de la del Alcalde mayor de Talauera, excepto en las dichas costas y salarios, q̃ se mandaron recebir en quẽta, y hazer buenas al Tesorero enteramẽte, cõtra la executoria del supremo de Iusticia, que le tenia y tiene cõdenado en ello. Y para deshazerla cõ otra posterior, interpuso suplicaciõ el dicho Tesorero de no auer cõdenado al Curador en las costas y gastos que de la paga hecha al cobrador se le auian seguido: y repitiò las razones primeras, añadiendo. fol. 48. B. p. 3. que el Consejo Real no auia dado comission al Alcalde de Corte para conocer deste negocio en aquel emplaçamiento que librò. Lo qual visto por el Curador, y temida la celeridad con que se reuocò en vista por el Consejo de Hazienda, lo que auia determinado el de Iusticia en reuista con tan dilatado acuerdo, acudio al

 remedio

remedio de la competencia entre los dos Consejos. fol. 50. p. 3. y sin perjuyzio de este, al de la suplicaciõ. fol. 52. y en este refricò las excepciones primeras: y en el otro de la cõpetencia dixo pertenecer priuatiuamente al Real de Iusticia lo que tocaua alas dichas costas y salarios del cobrador, por auerse juzgado en el aquel mismo punto entre los dichos Conuento, y Tesorero. Y junta la Sala proueyò este auto. *Retienese en el Consejo todo lo que toca a la apelacion del auto y tassacion de salarios y costas del Alcalde don Diego Francos, en Madrid à 13. de Diziembre de 1625.* fol. 51 p. 3. Y aunque huuo algunos lances sobre la entrega del processo original que pendia en el Real de Hazienda, por la complicacion de otras partidas, desde fol. 53. hasta 57. p. 3. Finalmente se retuuo todo en el supremo. Y estandolo, alegò el Tesorero agrauios contra la tassacion de costas y salarios, diziendo. fol. 58. p. 3. que se auia de dar por nula, por defecto de citacion: y alomenos reuocar por injusta, pues los embargos y el Auto del Iuez de Talauera que no pagasse hasta alçarse, le constituian en buena fee, y escusauã de mora. A lo qual dixo el procurador del Curador, despues de auer sido apremiado a ello, que no tenia obligacion de satisfazer: porque auiendo propuesto las mismas excepciones en el pleyto que tratò con el Conuento, fue cõdenado por la dicha executoria: y que assi le obstaua cosa juzgada que le oponia en fuerça de dilatoria, y que sin apartarse della auia sido muy justificada: porque los embargos padecian los defectos que quedan referidos, y no auia mostrado defensa legitima que proponer, si huuiera sido citado para la tassacion. Y porque tenia obligacion de hazer deposito con calidad dellos, y otras razones dirigidas al mismo intẽto, sobre que ante todas cosas pidio deuido pronunciamiẽto. fol. 62. p. 3. Y sin embargo dellas se proueyò auto a 14. de Iulio deste año. fol. 63. B. p. 3. Por el qual se mãdò, *Que la parte de don Antonio de Meneses, y Hernando Garcia en su nombre, respondan à la demãda de Pedro Polo: y se declara, no obstar excepciõ de cosa juzgada*, de que se suplicò.

fol. 64.

fol. 64. p. 3. y se alegaron muchas razones para su reuocacion. Y especialmente que el pleyto de costas y salarios se auia tratado solamente entre el Conuento, y Tesorero: y q̃ asi no auia modo de conuenir en el Consejo Real al Curador del menor, que no auia litigado en el sobre esto, y que por nueuo pedimiẽto se le auia de hazer en su fuero: al qual pedia remission, y que en ninguno tenia justificació la pretension del Tesorero: porque si las costas y salarios se deuiã nadie tenia obligacion de boluerlo; y sino se deuian, era preciso pedirlas al cobrador a quien se pagaron, y no al Curador que no las embolsò. Y estando concluso se dio auto a 21. del dicho mes de Iulio. fol. 66. B. p. 3. En q̃ se manda, *que las partes sigan su justicia como les conuẽga.* El qual ha querido el Tesorero interpretar. fol. 66. p. 3. que ayan de seguirla en el Consejo Real, conforme el auto de retencion, y que para este efecto se aya de confirmar el en q̃ se mandò responder, y reuocar el en que se dispone, que las partes sigan su justicia como les conuenga. Lo qual contradize el Curador, pretendiendo que el auto de q̃ sigan, reuoca el q̃ manda responder, y declara no obstar cosa juzgada, y que asi se ha de repeler esta vltima suplica y interpretacion, cõdenando al que la ha hecho en alguna pena.

Para lo qual fundaremos dos Articulos. El primero, que el auto de *sigan*, reuocò el de *respondan*. El segũdo, que quando no estuuiera reuocado, deuia aora enmẽdarse.

Articulus primus.

NO ay principio mas conocido en materia de excepcion de cosa juzgada, que comprehẽder todo aquello sobre que huuo conocimiento de causa. Nam sentẽtia ex litigatoris precibus informatur, & ex actis naturã, & quidditatem assumit. l. in summa. 59. de re iudicata. l. 3. C. de sentent. quæ sine certa quant. glos. Bart. & addentes in l. si quis ad exhibendũ de exceptione rei iudicatæ. Baldus in cap. cum super nu. fin. ad fin. de causa poss.

&

& propriet. vbi propterea subdit: *Quod acta sunt vehiculum ad sententiam, & sententia videtur elicita de mente actorum, vt notat Cinus in l.1.C. de errore calculi.* Prosequuntur q; Curt. Iun. cons.74. nu.11. vol.1. Petrus Surd. cōs.312. nu.16. vol.3. Menoch: cons.110. nu.5. Osascus decisione 68. nu.3. Y aunque ha auido disputa en razon, de si la sentencia comprehende todo lo contenido en los pedimientos generales, quando solamente se ha proseguido vn punto especial: pero nadie ha dudado, que si los pedimiētos y prosecucion han sido especiales, lo determina y difine todo la sentencia, l. licet. C. de iudicijs, maximè per argumentum à contrario, & ibi notant Salicetus initio. Angelus in calce, Paulus de Castro in l. & an eadem. §. actiones. vers. *Quartus casus*, de except. rei iudicatæ, vbi subiungit, hunc casum difficultate carere, eiusq; potissima ratio est, quoniam si sententia ad specialiter prosequuta non extenditur, quia nec iudex, nec litigatores de illis sensisse censentur, vt probat l. si ex testamento in fine, iuncta l. sequen. & ibi glos. de except. rei iudicat. è conuerso cōtinebit specialiter prosequuta, quia conceptus ius dicentis, & litigatorum eo tendet, illumque attinget scopum. Y assi pues todo el discurso del nueuo pleyto entre el Curador, y Tesorero, incluyò las proprias excepciones de que aora se pretende valer, y salio condenado a que siguiesse su justicia, auiendo pretendido que se le hiziesse buena la partida de costas y salarios, y el Curador defendido que no deuia responder, claro es que quedaron vencidas todas aquellas razones del Tesorero, y que no le es licito eandē sæpiùs repetere cantilenam. Pues aun bastara para excluyrle de este intento, auer alegado el Curador per modum causæ. & nō conclusionis libelli, lo mismo que el Conuento auia propuesto, nempè que eran injustos los embargos: y que tenia obligacion de hazer paga, ò deposito con la calidad dellos, sola enim deductio desiderij per modum causæ operatur effectus literalis expressionis, & indiuiduæ verborū cōceptionis, ad producendam exceptionem rei iudicatæ

vt probat textus insignis in cap. cũ Ecclesia sutrina de cau sa poss. & propriet. Baldus in l. 1. nu. 24. C. de emancipat. liber. vbi ideò infert, magis attendendam causam actus, quam exercitium, seu casum indiuidualem illius: sequũturq; Felinus in c. auditis, ex nu. 18. de præscript. Seraphinus decis. 1047. n. 1. & 2. part. 2. col. 57. Y assi pues lo causal y literal concurrieron especificamente en aquel juyzio, es totalmente ageno de derecho intentar suscitarle con capa del auto de retencion, Porque este no nos perjudica, ex sequentibus.

Primò, quoniam in eo iudicio solùm contendebat Curator, que el Consejo de Hazienda no era competente para tratar del punto de costas y salarios que el cobrador del Conuento auia recebido, assi porque no tocauan a la Real Hazienda, de que solamente tiene el conocimiento limitado de la l. 1. C. de offic. comit. rerum priuatarum. l. 3. §. 4. tit. 2. lib. 9. recopil. l. 1. C. de offic. comit. sacri Palatij, que es inprorrogable a otras causas de diferente calidad. Marta de iurisd. casu 181. nu. 5. Vantius de nullit. ex defectu iurisd. nu. 51. & 52. como porque era la misma causa que el Cõsejo de justicia auia determinado: y assi no podia otro Tribunal poner en ella la mano, ex ratione. l. vbi cœptum de iudicijs, & l. singulis de except. rei iudic. Pero nunca dixo ni pudo dezir el Curador, que aquel Articulo de costas y salarios se auia litigado con el, porque realmente no se litigò. Y assi la retencion se entenderà precisamẽte de aquel pleyto del Conuento y su cobrador, con el Tesorero, in quo solummodo actum fuit inter eos de expensis & salarijs, non de curatore, quo cum nil agitatum fuit, vt probatur ex supradictis, quæ conuincunt sententiam ex mente actorum deduci & elici. l. vt fundus commu. diuidun. c. licet Heli, de Simonia. Cùm etiam quia sentẽtia retentionis refertur ad illam litem, & sic eam solam retinere censetur, ad elegãter congesta per Rotã decis. 40. part. 2. diuers. Necnon, quia sententia est angustæ faucis, & solùm continet expressè contenta, adeò quòd nec ad alias res, aut per-

 sonas

sonas nullatenus proteletur. l.1.C.si plures vna sententia condemnati.l.si à te.9.de except. rei iudic.Menoch. cōs. 110.nu.14.volu.2.Nata cons.473.nu.5.volu.2. Y assi el auto de retencion no nos para perjuyzio, ni aprouecha al Tesorero: quia non egreditur notissimos terminos de sus comprehendidos, que son el mismo, y el Conuēto y su cobrador.

Vel secundò respondeo, que despues del auto de retencion, se han dado los otros dos, de *responda*, y *sigan*: y si en el discurso de sus instancias, en que el Curador fue contradiziendo la respuesta, le opuso el Tesorero el auto de retē cion por excepcion de cosa juzgada, y sin embargo se dixo en Reuista, *sigan*, queda reuocado el de Retenciō: vt probat text. in cap. suborta de re iudicata, ibi, *Nimirum si præfati Innocentij priuilegium Alexandro fuit in iudicio præsentatum, & ipse tulit sententiam contra illud, intelligitur reprobasse*: & ibi gloss. verbo, reprobasse, multa similia adducit & plura Tuschus in terminis sententiæ, & priuilegij to.7.lit.S.conclus.142.nu.6.& 9. cui conducit placitum Felin. in d.cap.suborta.num.4.vers. *Vbi autem*, & Boerij decis.43.nu.7. asserentium, quod quoties aliquid opponi solum potest in viam exceptionis (talis est retētio in Senatu) si tacitè, vel expresse repellatur, quia succūbit reus, non potest iterum refricari. Y sino alegò el Tesorero esta excepcion en las dos instancias de *Responda*, y *Sigan*, no puede aora proponerla. Porque contra el segūdo auto de *Sigan* (que es de reuista, vt ex superioribus patet, & inferiora demonstrabunt) no ay suplicacion ni apelacion, cō forme la l.4.tit.17.lib.4.recopil. Y no auiēdo estos remedios, no tiene vn mayor de veinte y cinco años (como lo es el Tesorero) recurso alguno para oponer semejantes excepciones que omitiò, l.peremptorias.C.sententiam rescindi non posse. Tuschus dict.conclu.142.nu.1. Aunque diga que nueuamente vino a su noticia el tenor del auto. dict. cap. suborta in fine.l.sub prætextu.C.de transact. l.sub specie.C.de re iudicata.Surdus cons.268.volu.2.Fachine.

lib.1.

lib. 1.controuerſ.cap.51. & 52. Y mucho menos ſi le ſabia antes como en eſte caſo: nã tunc per allegationes, & acta facta in duabus inſtantijs poſterioribus de *Reſponda*, y *Sigan*, ſin valerſe del auto de retencion, queda vencido por la executoria ſiguiente, y renunciada la primera, vt colligitur ex traditis per Rebuff. in repet. l. quod iuſsit. notab. 2. nu. 150. de re iudicata. Riccium collecta. 998. part. 4. Zeuallos de las fuerças. quæſt. 111.

Contra lo qual no obſtarà dezir, que el auto de *Sigan*, no reuoca expreſſamente el de *Reſpondan*, ni cae ſobre ſugeto de que ſe huuieſſe tratado en la inſtancia de viſta, ſino a lo mas largo en la de reuiſta, quando el Curador pidio remiſsion del pleyto al fuero de ſu menor, y que aſsi no deue repelerſe la ſuplicacion del Teſorero, tàm ex præfatis regulis quibus diſponitur ſententiam ſtrictæ naturæ eſſe, ita vt ad non ſcripta extendi nequeat, quàm ex l. eos. C. de appellation. l. per hanc. C. de temporib. appell. & ibi Bald. num. 3. & 8. docentibus in ſecunda inſtantia ſolũ cognoſci poſſe de grauaminibus primæ, non de alio noue oppoſito. Y que aſsi pues el Curador no pidio remiſsion en la primera inſtancia, ſino ſolamente opuſo excepciõ de coſa juzgada, que no puede tenerſe por auto de reuiſta.

Reſpondemus etenim, que el Curador no variò en la ſegunda inſtancia el intento de la primera: antes concluyò en vna y otra vn ſolo ſugeto, y fin de que ſe declaraſſe no eſtar obligado a ſatisfazer al eſcrito de agrauios preſentado por el Teſorero. Lo qual no toca a la materia de la ley per hanc, ni de las demas autoridades referidas, en que la prohibicion ſe entiende de nueuas pretenſiones, y de diuerſas ſentencias que ſobre ellas caen, de que en las primeras inſtãcias no ſe hizo mẽcion, vt preexſsè conſtat ex verbis eiuſdem legis per hanc, ibi: *Per hanc diuinam ſanctionem decernimus, vt licentia quidem pateat in exercendis conſultationibus, tàm appellatori, quàm aduerſæ parti nouis etiã aſſertionibus vtendi vel exceptionibus quæ non ad nouum capitulũ pertinẽt, ſed ex illis oriuntur & illis cõiunctæ ſunt.*

quæ

quæ apud anteriorem iudicē noscuntur propositæ, & ibi glo. verbo, ad nouum capitulum exponit, id est, *nouiter acquisitum*; & paulò inferiùs, alij dicunt nouum capitulū, id est, *Res nouiter petita*: y la ley eos. C. de appellationibus, solamente dize, *Cum super omni causa interpositam prouocationem, vel iniustam tantum liceat pronuntiare, vel iustam.* Lo qual explican los Doctores, prout iacet, hoc est, nō posse iudices appellationis pronunciare super alijs quam deductis in prima instantia, prout constat ex adductis per Tiber. Decian. cons. 9. nu. 41. volu. 2. Stephan. Gratian. discept. 1. nu. 5. & 6. Pero no niegā facultad de proponer causas y motiuos nueuos, corroborando los antiguos, y que todos miren a vn mismo fin, como expressamente lo determina el §. si quid autē. d. legis eos, in illis verbis: *Si quid autē in agendo negotio minùs se allegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omissum, apud eū qui de appellatione cognoscit prosequatur, cū votū gerētibus nobis aliud nihil in iudicijs quā iustitiā locū habere debere necessaria res fortè omissa nō excludenda videatur.* Y la dicha glossa de la ley per hāc sigue el mismo sentido, ibi: *Itē primò excipiebam super vno nunc super alio, & ita super diuersis, sed si super eadē re potest etiā nouā exceptionē opponere, vt si primò exceptionem rei iudicatæ, nunc iuris iurādi, vel aliā opponatur*, que es lo mismo que dezir, que aunque el Curador de don Fernando aya alegado nueuas causas en la segūda instancia, no por esso dexara de ser auto de reuista el segundo: & ita in eleganti specie decidit Senatus apud Thesaurum decis. 228. donde fue el caso, que en la primera sentencia condenaron a vno en mil escudos, y la segūda declarò, que la primera era nula y injustamente pronūciada, pero que por las nueuas alegaciones condenaua en mil escudos: y la tercera confirmò esta segunda, y parecia que no eran tres conformes, pues antes la segunda reuocaua la primera. Y con todo esso se determinò que eran conformes, por la identidad del fin, y otros fundamentos juridicos q̄ alli refiere, de que principalmēte sacaremos el natural que

trae

trac, num. 2. ibi: *In sententijs enim cum de illarum executione tractatur, non est consideranda formalitas verborum sed rei effectus & substantia, præsertim hic, vbi non alia de causa quæritur an sententiæ sint conformes, quã cõsiderato fine qui in executione consistit, aliàs sequeretur, quod nũquã diceretur cõformes cũ aliquid in secũda vel tertia instãtia plus deductũ est, cũ alia forma processus fuerit facta, & moueatur secũdus iudex alia causa, quã motus fuerit primus, quod esset absurdũ dicere, & esset in facultate cõdẽnati sẽper aliquid noui producere vel deducere, vt diformitas oriatur.* Y lo mismo auia dicho en la decisiõ 122. n. 14. donde muy de proposito desde el nu. 5. con el señor Presidente Couarr. practic. c. 25. à nu. 5. vers. *Octauo*, & sequent. resuelue, quales se digan sentẽcias exequibles cõformes, iuxta clem. 1. de re iudicata, y resueluen serlo, aunq̃ aya diferẽcia en alguna circunstancia, ò en el modo y en la forma de la prosecucion, como en la substancia aya idẽtidad. Y assi pues en las dos instancias, de *Responda*, y *Sigan*, se lleuò siẽpre la mira de parte del Tesorero, que auia de responder el Curador: y de parte del Curador, q̃ no auia de responder, porq̃ le obstaua al Tesorero la cosa juzgada entre el y el Conuento. Y porq̃ con el nunca se auia litigado el punto de las costas y salarios, siguese claramente, que tiene auto de reuista el Curador en fauor suyo; y que se ha de repeler la suplicacion q̃ del ha interpuesto el Tesorero, imponiendole pena por auerlo hecho contra la ley 4. tit. 17. lib. 4. recopil. alioquin nullus erit litium exitus, contra regulã l. si finita. §. postea de damno infecto. cap. fine litibus de dolo & cõtumacia, cum similibus.

20 Y no ay que detenerse en la replica q̃ podria auer hecho el Tesorero, de q̃ si en aquel juyzio con el Conuento y su cobrador fue vencido, no lo ha sido en el que ha intentado con el Curador, sobre q̃ compense con los reditos delos juros, las costas y salarios que pagò al cobrador: antes el Alcalde mayor de Talauera le mandò recebir en quẽta no

uenta

uenta y seis dias, y el Consejo de Hazienda todos. Y q̃ asi por ser entre diuersas personas, no ha lugar la dicha excepcion de cosa juzgada, ex reg. l. cum quæritur. l. si cum vno 22. de exceptio. rei iudicat. cum similibus.

Respondetur enim, que de aquella executoria puede valerse el Curador, por tener tābien vtilidad para el menor q̃ no le molestē sobre las costas y salarios, en esta Corte ni en otra parte, y por la vnidad de la materia: per argumētum à fortiori desumptū, ex l. si cōmunē quemad. seruit. amit. l. 2. C. si vnus ex pluribus appella. l. 1. C. si in cōmun. eadē què causa. Rota decis. 777. n. 2. p. 3. diuers. Angel. Areti. in l. si quis separatim. §. quoties. nu. 3. vers. *Secundo casu*, de appellationibus. l. 21. tit. 22. l. 5. tit. 23. par. 3. supponentibus minorē gaudere cōmodo appellationis, & alijs respicientibus ordinē iudicialē: quibus maiores regulariter non fruūtur. Y asi por todos caminos resulta la executoria en fauor del menor, y puede valerse della.

Articulus secundus.

QVando no tuuieramos tantos fundamentos por la cosa juzgada del Auto de *Sigan*, era preciso reuocar el de *Respondan*, Por no ser justificado el intēto del Tesorero, asi de parte suya que le propone, como en orden al menor contra quien le intenta.

De parte del Tesorero.

POrque para escusarse de las costas y salarios que se causaron despues de requerido que pagasse, tuuo necessidad de hazer deposito con la calidad delos embargos, cōforme la practica ordinaria, y intelligencia comun de la l. si reus paratus. 73. de procuratorib. quā in sua materia versāt Rodriguez de annuis red. lib. 2. q. 15. à nu. 58. Barbosa in l. si debitori. 21. à nu. 50. in 58. de iudicijs. Y pues no lo hizo, antes negò tener juros don Fernando en Talauera, auiendoselos pagado tātos años, sibi imputet, & mendacij pœnas

repor-

reportet, que es perder el derecho que alias pudiera tener a no pagar las costas y salarios, exemplo text. in l. fin. de rei vẽdicat. l. si dubitet. 11. §. ita demum de fide iussoribus, vbi mẽtientes possessionẽ & fideiussionem amittũt cõmoda possessionis & diuisionis, quibus veraces potirentur, & plura alia cumulãt circa horũ pœnas Zeuallos cõmu. cõtra cõmu. q. 128. & 129. Petrus Morla in empor. iur. titul. 8. in procemio. n. 70. vers. *Rursus*, Castellus lib. 3. cõtrou. c. 18. Y assi justamẽte fue cõdenado el Tesorero ala pagã, y no ay causa para boluer atratar de reuocarla; quãdo alguna ouiesse, para moderarla cõtra el cobrador, quod extra chorũ est respectu minoris.

10 Rursus excluditur Thesaurarij desideriũ ex eo quod cõmuniter ab interpretibus est receptũ, videlicet, quod quoties idẽ finis inuenitur in actione quæ in exceptione, non potest quod in vim exceptionis reiectũ est, iterũ in actionẽ deduci, vt docet Anto. Gabr. lib. 2. cõm. opin. tit. de except. concl. 2. à nu. 12. maximè in illis verbis: *Propterea videtur cõsiderandũ, quod si non potest considerari in actione alius finis, nisi ille qui est deductus in exceptione, vt est in eo qui opponit cõpẽsationẽ debiti liquidi, & probati: nã si talis exceptio fuit reiecta, tale creditũ non potest peti principali actione, quia finis primi & secundi iudicij idẽ continet. Bart. in l. si nauté. §. fin. de negot. gest. voluit Socin. in d. cons. 264. & ponit Abb. in d. cons. 50. vol. 1.* Y assi pues el fin vnico del Tesorero en todos los juizios q̃ ha seguido con el Cõuento y cobrador, y despues con el Curador, ha sido no pagar las dichas costas y salarios: y sin embargo fue condenado a ello en aquel primer pleyto. Mal puede euitarlo en el segũdo, y mucho menos la executoria q̃ del primero resulta contra el, ex supra traditis, y como quiera q̃ sea experitur sine actione aduersus minorẽ, & sic foro pellendus est, y no obligar al curador q̃ respõda. l. si pupilli. §. videamus de nego. gest. Menoc. de arbi. lib. 1. q. 16. Anto. Gab. de iudic. conclus. 2. & 3.

De parte del Curador.

PEdir al Curador que buelua al Tesorero lo q̃ recibio el cobrador del Cõuento, es riguroso intento, y sin acciõ, pues la q̃ el derecho offrece al q̃ desembolsa, es contra el q̃ cobra, y

no

no contra otra persona, aunque aliàs estuuiesse obligada con el que cobra, exemplo text. in auth. de fideiuss. in princip. ibi: *Sed veniat primũ ad cũ qui aurũ accepit*. l. actione. 66. si communis pecunia pro socio. l. Iulianus. §. item si duos ad Maced. l. cũ plures. §. vestimenta locati. l. vnde quæritur, cõmodati. Bart. in l. 3. §. fin. n. 15. de duobus reis, & in auth. hoc ita. nu. 29. C. eod. Hypol. in rubr. de fideiuss. nu. 65. & 370. & singul. 2. Cremens. sing. 39. *in eodẽ instrumento*. Paulus cõs. 331. in causa Siluestri. nu. 1. vol. 1. Alex. cõs. 29. n. 36. post med. vol. 7. Roma. cõs. 114. visis nu. 4. Anto. Gom. in l. 61. Tau. n. 3. ad med. Felicianus plures referẽs. to. 2. de cẽsib. lib. 2. c. 3. nu. 8. vers. *Quarto vbicũque*. pag. 98. idẽ Gometius to. 2. var. c. 12. n. 2. vers. *Quæro tamẽ*, vbi id ampliat, etiãsi duo rei insolidũ obligati essent, & renũciassent authẽt. hoc ita. C. de fideiuss. & tradit etiã Arisminus Tepatus varia. iur. sentẽt. tit. 282. c. 4. vers. 3. incip. *quãdo duo sunt*. Y assi ninguna razon puede tener el Tesorero, para pretẽder descõtar de los reditos de los juros, lo que su dueño don Fernando no recibiò, sino el cobrador.

Lo qual no solo procede en los terminos en q̃ estamos, de auer tenido culpa el Tesorero en q̃ se causasse las costas y salarios, por no auer hecho paga, ò deposito cõ la calidad de los embargos, sino aũ en otros mas fuertes de q̃ huuiera tenido culpa el Curador en dar al Conuẽto reditos de juros embargados para hazerle pago de los del censo q̃ don Fernãdo deue (q̃ no tuuo, pues la executoria los reprouò todos sin fiãça del Conuento) no pudiera el Tesorero cobrar de dõ Fernãdo, sino del cobrador del Conuẽto: vt colligitur ex traditis per Palac. Rub. in repeti. c. noaabilis. 5. n. 10. Bobadill. to. 2. polyt. lib. 5. c. 3. n. 66. asserentes iudicẽ qui malè iudicauit, nõ posse ad restituendũ cõueniri, nisi ex iniusto calculo cõmodũ reportãtes excutiãtur. Y assi querer cobrar de los juros de dõ Fernãdo, sin auer vẽcido al cobrador, y al Cõuento q̃ le nõbrò, es turbar todo el orden del derecho, y estraño de sus disposiciones, mandarle q̃ respõda a pretẽsion que no es puesta por parte, ni contra parte en tiempo, ni en forma, contra priora, perpetuaque artis nostræ præcepta, relata per Suarez de Paz. to. 1. part. 1. temp. 7. à nu. 23.

Y deste

Y deste principio tambien resulta que se deue quitar el segundo grauamẽ del dicho auto, en que no solo se manda, que el Curador responda a la pretension del Tesorero, sino que juntamente se declara, no obstarle al dicho Tesorero la excepcion de cosa juzgada que el Curador le opuso del pleyto que tuuo con el Conuento y su Cobrador, pues como largamente queda fundado, le obsta en quanto al fundamento y raiz de la condenacion de costas, y salarios, si bien en la tassacion serà pleyto entre ellos (aũque seguro para el cobrador, pues contra la tassa no se hà alegado agrauio alguno sino el de defeto de citacion, que no induze nulidad quando no se muestra despues q̃ se huuiera defendido, si fuera citado. Roma. sing. 231. Nicellus concor, glos. 52. fall. 16. Anto. Gabr. conclu. 1. de citat. nu. 332.) Demas que aun en lo judicial, es nueuo declarar en la entrada del pleyto en razon de obstar, o no, la cosa juzgada, pues siendo punto tan controuerso, como se ha visto, y auiendose opuesto solamente por dilatoria, deuio reseruarse para los meritos de la causa, y no reprouarla in limine, iuxta congesta per Capicium decis. 10. à num. 18. Surd. cons. 252. à num. 9. volum. 2. Giurb. decis. 21. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 9. nu. 41. & decisa per l. nam & postea, in prin. de iur. iuran. l. 10. tit. 3. par. 3.

Ex quibus omnibus pro Curatore aduersus Thesaurarium ferendum calculum spetamus, excepta suprema censura clarissimi domini ius dicentis.

El Lic. Fernando de Segura.

